PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

PDFaid.Com
#1 Pdf Solutions

TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

eudeba

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Kelsen, Hans
Teoría pura del derecho. - 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires : Eudeba, 2009.
224 p. ; 23x16 cm. - (Derecho)

ISBN 978-950-23-0886-9

1. Teoría del Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

Eudeba

Universidad de Buenos Aires

© Edition de la Baconnière, Neuchatel, Suisse
Título de la edición francesa: Theórie pure du droit,
Introduction a la science du droit
Traducción: Moisés Nilve

1ª edición: octubre de 1960
4ª edición, 9ª reimpresión: abril de 2009

© 1960
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopias u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Índice

Prólogo del autor a la edición francesa 11

Prefacio de la edición alemana de 1934 13

Capítulo I
El derecho y la naturaleza

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho? 19
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales 20
3. Objeto de la Ciencia del derecho 31

Capítulo II
El derecho y la moral

1. El derecho y la Justicia 45
2. Ciencia del derecho e ideología 50

Capítulo III
Definición del derecho

1. El positivismo jurídico del siglo XIX 53
2. El deber ser como categoría 54
3. El derecho como orden coactivo 56
4. Norma primaria y norma secundaria 60

Capítulo IV
La obligación jurídica

1. Obligación jurídica y obligación moral 65
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? 66
3. Obligación e imputación 67

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V
El hecho ilícito

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? 73
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? 74

Capítulo VI
La responsabilidad jurídica

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva 77
2. Responsabilidad y obligación 78

Capítulo VII
Ciencia del derecho y sociología jurídica

1. Negación del carácter normativo del derecho 81
2. La sociología jurídica 82

Capítulo VIII
El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

1. Derecho natural y derecho positivo 87
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo 94
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo 99
4. La noción de persona 102
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho 106

Capítulo IX
La estructura jerárquica del orden jurídico

1. ¿Cuándo las normas forman un orden? 111
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas 112
3. La norma fundamental 113
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional 114
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional 118

Capítulo X
La interpretación

1. Razón de ser y objeto de la interpretación 129
2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior 129
3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades 131
4. Los métodos de interpretación 132

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? 133
6. La ilusoria seguridad jurídica 134
7. El problema de las lagunas 134

Capítulo XI
Los modos de creación del derecho

1. Formación del derecho y forma del Estado 141
2. Derecho público y derecho privado 142
3. Función ideológica del dualismo del derecho público
y del derecho privado 1143

Capítulo XII
El derecho y el Estado

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado 149
2. Identidad del derecho y del Estado 150

Capítulo XIII
El derecho internacional

1. La estructura jerárquica y la forma fundamental del derecho internacional 159
2. Carácter primitivo del derecho internacional 160
3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos 161
4. Noción de un orden jurídico universal 162
Bibliografía del autor 175

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prólogo del autor

a la edición francesa*

Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debería aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la Segunda Guerra Mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He abandonado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquélla por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los

* Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la Teoría pura del derecho, tal como lo expresa el autor en este prefacio (N. del E.).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La Segunda Guerra Mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thëvenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

Hans Kelsen

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Prefacio

de la edición alemana de 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedo particularmente agradecido, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

puntos en los cuales hay divergencias de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarias, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena fe correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Ésta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Éstos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos conocen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y tornan casi superflua una refutación.

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba —ella misma no podía darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política, como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les permita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

Hans Kelsen
Ginebra, mayo de 1934

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo I

El derecho y la naturaleza

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Qué es una Teoría "pura" del derecho?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causalidad e Imputación

a) La naturaleza y la sociedad

Por ser el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así, la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor establece una relación de causa efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba a la causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres aplicamos también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Sólo entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) La imputación en el pensamiento jurídico

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, tal como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma, por ejemplo: "Si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "Si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescrito o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. A una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si comprobamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe*[1] seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y

1. En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

proponemos en francés el de *imputation*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación[2] vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más

2. Nos referiremos más adelante (ver pág. 104) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

antiguos y la *vendetta* la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación de causa efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) El animismo, interpretación social de la naturaleza

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra[3] hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación, de tal suerte que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *aitía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescritos; en caso contrario las Erinnias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"[4]. La ley natural así formulada esta aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo, en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

3. *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945.) Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)].

4. Fragmento 29: elios ouk uperzetai metra, ei de me. Erinues min Dikes epilouroi ezeuresousin.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

e) Ciencias causales y ciencias normativas

El principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora. Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son, pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) Leyes causales y leyes normativas

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecérselo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además, no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto acontece en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a una condición. Si las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga al punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado; hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica, a la cual ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero, lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre, o que su voluntad, es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

conocimiento, escaparía a todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos —por ejemplo, la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal— no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, la afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad, en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad, y un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales.

Ésta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponían dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad) vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana. Así, se prevén penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un daño material: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos, por último, que la sanción prescrita por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquél contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente responsable de la conducta de otro y como tal es

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescrito o autorizado con una conducta que es su condición. Puede también relacionarlo con un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; pues la conducta prescrita puede ser imputada a no importa qué condición que se realice en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aún más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición o, lo que es lo mismo, en toda circunstancia? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionada por el conjunto de circunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, suya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado del principio de imputación, que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

3. Objeto de la Ciencia del derecho

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

a) Validez de una norma

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida sólo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente[5]. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede

5. Ver p. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick[6] fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente sólo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero, para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que

6. Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero, vestido con un uniforme de Capitán del ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares. (Nota de la ed. en francés.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiere directa o indirectamente a este agitador la autoridad de alistar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Sólo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico[7], pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos

7. Ver p. 112.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada, las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) El derecho es un sistema de normas

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma[8].

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas[9].

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de

8. Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

9. Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (p. 134).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero, desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma, un jurista formulara una regla de derecho que dijera: "El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras[10]. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una

10. *Hauptprobleme der Staatsrechtstehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2da. edición, 1923.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica, ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos, que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea del jurista respecto de la obra del legislador.

e) La regla de derecho es una ley social

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

entre una condición y una consecuencia según el esquema "Si *A*, entonces *B*". La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si *A* es, entonces *B* es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* se sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si *A* es, entonces *B* debe ser", es decir, si el acontecimiento *A* se produce efectivamente, el acontecimiento *B* debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero, en ambos casos, se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Sólo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) Derecho positivo y derecho natural

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la reacción entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural[11] consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como veremos más adelante[12], un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si la Constitución con la cual se

11. A este punto nos referiremos más adelante (p. 87).

12. Ver pág. 113.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo II

El derecho y la moral

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El derecho y la Justicia

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo[1]. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder

1. Ver pág. 21 [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 23-65. (N. del T.)]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo[2]. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

2. El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 125).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgaran injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva —es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo— o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente[3]. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí

3. Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional sólo existen intereses y, en consecuencia, conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2. Ciencia del derecho e ideología

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y reemplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo III

Definición del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El positivismo jurídico del siglo XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

2. El deber ser como categoría[1]

a) El deber ser considerado como idea trascendente

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

1. En la versión que traducimos aparece la palabra "deber" cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

3. El derecho como orden coactivo

a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero, en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) El derecho es una técnica social

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante[2], la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin

2. Ver pág. 115.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente. Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: *pro non scripto habeantur*.

4. Norma primaria y norma secundaria

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que "Pablo es mortal". Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IV

La obligación jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Obligación jurídica y obligación moral

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto[1], el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta

1. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba[2].

2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciarla así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es

2. Ver pág. 59.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba[3] entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

3. Obligación e imputación

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción.

3. Ver pág. 60.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"[4] que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

4. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo V

El hecho ilícito

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico sólo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, porque ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibida*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea, la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando, queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción, en caso de incumplimiento de un contrato, está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VI

La responsabilidad jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta qué rehenes, elegidos entre los notables, serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado a cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado[1]. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Destaquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Esta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

2. Responsabilidad y obligación

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando, en caso de conducta contraria, se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Éstas son las nociones primordiales de una Teoría del derecho.

1. La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 103).

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VII

Ciencia del derecho y sociología jurídica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Negación del carácter normativo del derecho

Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo. Pero ciertos teóricos ponen en duda que el derecho tenga un sentido normativo, pues ven en él, en los actos que lo crean, un simple medio de obtener que los hombres a los cuales estos actos se dirigen se conduzcan de una manera determinada. El derecho sería así la causa de ciertos efectos y se manifestaría en cierta regularidad de las conductas humanas. Estos teóricos intencionalmente hacen abstracción del hecho de que todo acto creador de derecho se presenta con un sentido normativo, pues no creen que se pueda admitir otra realidad que la de los hechos naturales. En la afirmación del legislador o del jurista de que el ladrón debe ser sancionado sólo ven un intento de inducir a los hombres a no robar haciéndoles notar que algunos de ellos están encargados de sancionar a los ladrones. Se trataría simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. En lugar de decir, como hacen los juristas, que los ladrones deben ser sancionados o que el robo está prohibido, se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones.

Así considerado, como una relación entre los hombres que lo crean y los que lo aplican, el derecho hace pensar en el cazador que coloca cebos para atraer la caza a la trampa. Esta comparación es exacta no sólo porque en los dos casos se apela a los mismos móviles psicológicos, sino también en la medida en que, según esta concepción del derecho, el legislador y el jurista crean una ilusión al presentar al derecho como una norma. La idea de norma no correspondería a ninguna realidad y el uso de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

una forma normativa no tendría, contrariamente a lo que piensa la Teoría pura, ninguna significación especial en el derecho positivo. Desde este punto de vista, únicamente existirían fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad y los actos jurídicos serían considerados únicamente como tales, sin que se tenga en cuenta para nada su sentido normativo específico. Este sentido normativo que el derecho se atribuye y que le es atribuido a su vez por la ciencia jurídica sólo sería una simple "ideología", inclusive cuando es despojado por la Teoría pura de todo valor moral absoluto. La única "realidad", el único objeto posible del conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos.

2. La sociología jurídica

Esta concepción del derecho tiene su fundamento en una ciencia denominada sociología jurídica. No nos pronunciaremos aquí sobre sus posibilidades de éxito ni sobre su valor. Nos limitaremos a destacar que no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que en el sistema del derecho son calificados como hechos jurídicos. La sociología jurídica no establece una relación entre los hechos naturales que ella estudia y ciertas normas válidas, sino entre esos hechos y otros hechos que considera como sus causas o sus efectos. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de tal otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Semejante ciencia sólo ve en el derecho un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de los individuos que crean las normas jurídicas, las aplican o las violan. El objeto de esta ciencia no es, pues, el derecho en sí mismo, sino ciertos fenómenos naturales que le son paralelos. Así, cuando un fisiólogo estudia los fenómenos químicos o físicos que provocan o acompañan una sensación, no aprehende la sensación en sí, puesto que ésta no podría ser explicada por la química o la fisiología.

Si el derecho no es un conjunto de normas y si se prescinde de la noción de *deber ser*[1] (*sollen*), no es posible afirmar que una acción está prescrita o protegida por el derecho, que tal objeto me pertenece o no me pertenece, que tengo el derecho de hacer esto o la obligación de hacer aquello. En una palabra, las miles de proposiciones por las cuales la vida jurídica se expresa cotidianamente pierden su significación, pues una cosa es decir que Pedro está obligado jurídicamente a entregar mil francos a Pablo y muy otra

1. Ver nota de la página 54.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decir que hay probabilidades de que Pedro entregue mil francos a Pablo. De la misma manera, afirmar que un acto es en el sentido de la ley un delito y debe ser sancionado, no es lo mismo que decir: aquel que ha cometido este acto será, verosímilmente, sancionado. Una declaración sobre el curso probable de los acontecimientos no expresa el sentido inmanente de las prescripciones o autorizaciones dirigidas por el legislador a los órganos encargados de aplicar la ley, por un órgano a un sujeto de derecho en una sentencia judicial o un acto administrativo, o por un sujeto a otro en un contrato. Este tipo de declaración se coloca en un punto de vista trascendente al derecho. No responde a la pregunta específicamente jurídica de saber qué es el derecho, sino a la preocupación metajurídica de conocer los acontecimientos y el curso probable que ellos seguirán.

La sociología jurídica no se interesa por las normas que constituyen el orden jurídico, sino por los actos por los cuales estas normas son creadas, por sus causas y sus efectos en la conciencia de los hombres. La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica.

La Teoría pura no trata de disimular que la significación normativa específica de los hechos denominados jurídicos resulta de una interpretación posible, pero no necesaria, ligada a una hipótesis fundamental. Más aún, se da cuenta de que no es posible probar la existencia del derecho como se prueba la de los fenómenos naturales, ni refutar con argumentos decisivos las concepciones de los teóricos del anarquismo, para quienes el derecho del que hablan los juristas sólo consiste en fuerza pura y simple. Pero dicha teoría no pretende extraer de aquí la consecuencia de que haya que renunciar a la categoría de la imputación y a una teoría normativa del derecho que tenga por fin establecer la significación específica de ciertos actos.

El hecho de que una ciencia del derecho exista desde hace siglos bajo la forma de una jurisprudencia dogmática y que responda a las necesidades intelectuales de los juristas basta para probar la posibilidad y aun la necesidad de dicha teoría. No hay ninguna razón para privar de satisfacción a estas necesidades, desde todo punto de vista legítimas, o para renunciar a una ciencia del derecho. La sociología jurídica de ninguna manera puede reemplazarla dado que se ocupa de problemas totalmente diferentes. De la misma manera que la existencia de una religión requiere una teología dogmática que no puede ser reemplazada por una psicología o una sociología de la religión, la existencia de un derecho da lugar a una teoría normativa del mismo. En cuanto al lugar que debe ocupar dicha teoría en el sistema general de las ciencias, lo hemos precisado en la primera parte de este estudio[2].

2. Ver pág. 25 y sigs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo VIII

El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Derecho natural y derecho positivo

a) El error lógico de la doctrina del derecho natural

La Teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta Teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo[1].

1. Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly,* Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado[2], pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en

2. Cf. p. ej. Huco Grotius, *De iure belli ac pacis,* Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; Thomas Hobbes, *Leviathan,* I, cap. 15; Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium,* libro H, cap. 3, sección 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba[3] una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y sólo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

3. Ver pág. 21.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) Las contradicciones de la doctrina del derecho natural

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo en la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Ésta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible[4], o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo. Para eliminar prácticamente la

4. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, Pr. 10.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

posibilidad de una anulación del derecho positivo[5] por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural[6].

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hace la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada[7].

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte,

5. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

6. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

7. Pufendorf, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5: Emmanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa[8].

c) Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno[9]. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes[10]. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado[11]; Hobbes ha extraído el principio contrario[12].

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo.

8. Benedictus Winkler, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

9. John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, cap. VIII, Pr. 99.

10. Robert Filmer, *Patriarcha*, cap. II, Pr. 1.

11. *Op. cit.*, cap. XI, Pr. 135.

12. *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 y ss.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre[13].

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta[14].

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[15]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*[16]. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Baboeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés

13. Grotius, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

14. Richard Cumberland, *De legibus naturae*, 1672, cap. 1, pr. 27; cap. VII, pr. 2 y 9.

15. Locke, *op. cit.*, cap. XI, pr. 138 y 139.

16. Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. *Dolléans*, París, 1910.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*[17], Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural trastrueca la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya, por encima del derecho positivo, un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

17. Libro III (N. del T.)

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultando de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la Teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[18].

18. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, Pr. 39: "Rechte im subjektiven sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektivon Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia, la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad".[19]

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y sólo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en el último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho

19. Cf. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 7ma ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad[20]. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"[21]. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una

20. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911; 3ra ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit,* París, 7ma ed., 1949. Ver los parágrafos 41, 45, 46. 49 y 71.

21. *Op. cit.,* Pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht id ihren bestimmten Momenten erfasst."

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular, entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo

a) El deber jurídico

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) El derecho subjetivo

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho, entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querella o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal, como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

4. La noción de persona

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" sólo designa un haz de obligaciones de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es, a veces, la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos[22].

d) La responsabilidad de la persona jurídica

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir, un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros.

Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona

22. Ver pág. 20.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídica en sí misma. Ésta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito sólo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues, si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos[23].

5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos

23. Ver págs. 161 y 162.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente, entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) sólo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropomórfica de describirlo. Por ello se rehusará adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los jurisconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supraindividual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo IX

La estructura jerárquica del orden jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. ¿Cuándo las normas forman un orden?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez, la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. La norma fundamental

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede, conducir fácilmente a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicados a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz[1].

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

1. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante[2].

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea, de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aún si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aún si la Constitución

2. Ver págs. 167 y 168.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aún antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues, las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quorum* más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no sólo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando, en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien, a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así, la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, sólo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de la que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es éste el caso de la administración. Ésta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, continúase oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución, el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de evasión que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si se considera —volveremos más adelante sobre este punto[3]— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

3. Ver pág. 170.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un mínimum de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establecen para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues, antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo X

La interpretación

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Razón de ser y objeto de la interpretación

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera, de una manera muy general, esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico[1].

3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del

1. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. Los métodos de interpretación

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación de derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero, en tal caso, dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. La ilusoria seguridad jurídica

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría, si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. El problema de las lagunas

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) Las lagunas técnicas

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente, todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizás el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XI

Los modos de creación del derecho

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. Formación del derecho y forma del Estado

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y heteronomía aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. Derecho público y derecho privado

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinando al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, a decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados[1]. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reseña esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es

1. Ver pág. 100.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XII

El derecho y el Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. El dualismo tradicional de derecho y Estado

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. Él es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. Identidad del derecho y del Estado

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe, sin embargo, diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas.

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Éste constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado

b) El Estado es un punto de imputación

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente[1], es también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una

1. Ver pág. 133.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órganos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a reemplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

d) La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) sólo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) Poder del Estado y efectividad del orden jurídico

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Capítulo XIII

El derecho internacional

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que forman comunidades internacionales parciales. El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.

Un tercer grado en el sistema jerárquico del derecho internacional lo constituyen las normas creadas por tribunales internacionales u órganos análogos, cuyas funciones están determinadas por los tratados, es decir, por normas que pertenecen al segundo grado, el del derecho internacional convencional, que a su vez tiene su fundamento en una norma consuetudinaria del derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

La norma fundamental del derecho internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados. La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos. También la familia como comunidad jurídica es más antigua que el Estado centralizado o que agrupa a un gran número de familias pero tiene actualmente su fundamento en el orden jurídico estatal. De la misma manera, en un Estado federal los órganos jurídicos de los Estados federados están subordinados a la Constitución federal, aunque ésta haya aglutinado a Estados que ya eran independientes. Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo.

2. Carácter primitivo del derecho internacional

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales. Si consideramos más especialmente el derecho internacional general, a saber, la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial. Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado. Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable, recurriendo a las represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Esta técnica jurídica de la justicia privada era la del derecho nacional en los comienzos de su desarrollo. Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los órganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la técnica moderna de la guerra permite todavía hacer una distinción entre el ejército y el conjunto de la población.

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos

El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado. La situación de los Estados en el marco del derecho internacional es semejante a la de las personas jurídicas en el marco de un orden jurídico nacional. Los Estados son también personas jurídicas y las normas del derecho internacional que les son aplicables son incompletas. Ellas determinan únicamente el elemento material de la conducta humana que tienen necesariamente por objeto, dejando a un lado el elemento personal. Se limitan a prescribir lo que es necesario hacer o abstenerse de hacer y delegan en el Estado, es decir, en el orden jurídico nacional, el poder de designar los individuos que deberán conducirse de la manera prescrita. Esta reglamentación indirecta de la conducta de los individuos tiene, por otra parte, importantes excepciones. Tanto en el derecho internacional general como en el derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no sólo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional.

En la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado. Paralelamente se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas, los que por el momento sólo existen en el marco de las comunidades internacionales particulares. Como ocurrió con los órdenes jurídicos nacionales, la centralización se producirá en primer término en el ámbito de la jurisdicción.

4. Noción de un orden jurídico universal

a) Toda ciencia postula la unidad de su objeto

Si la técnica jurídica evoluciona en el sentido recién esbozado tenderá finalmente a borrar la línea demarcatoría que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Por una centralización creciente desembocará en una comunidad jurídica organizada que se extenderá a todo el orbe y constituirá un Estado mundial; pero actualmente tal Estado no existe y puede que no exista nunca. Solamente desde un punto de vista teórico podemos hablar de un sistema jurídico único que abarque el derecho internacional y los órdenes jurídicos.

Sin embargo, esta concepción no es admitida por la teoría tradicional, que ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes, independientes y aislados uno de otro, en razón de que tendrían normas fundamentales distintas. Esta doctrina dualista, o más exactamente pluralista, dado el gran número de órdenes jurídicos nacionales, tropieza sin embargo con una imposibilidad lógica si las normas del derecho internacional y las de los derechos nacionales deben ser consideradas como simultáneamente válidas y, unas y otras, como normas jurídicas. Este criterio, que la doctrina dualista no niega, lleva a la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único.

Si la ciencia del derecho atribuye un carácter jurídico tanto al orden internacional como a los órdenes nacionales vinculándolos a la categoría de la norma jurídica válida, se encuentra, al igual que las ciencias de la naturaleza, en la obligación de presentar su objeto como una unidad. El criterio negativo de esta unidad es la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

ausencia de contradicción y es válido también en el dominio de las ciencias normativas. No podría afirmarse la validez simultánea de una norma de contenido *A* y de una norma de contenido *no A*. Sin duda, puede suceder que las normas contradictorias sean efectivamente dictadas y que los individuos que son sus destinatarios las conozcan y se conformen o no a ellas. Pero, en esa comprobación, que alcanza a hechos pertenecientes al dominio de la naturaleza, no hay más contradicción lógica que en la determinación del efecto de dos fuerzas opuestas. Por el contrario, no puede afirmarse a la vez: "*A* debe ser y *no-A* debe ser", de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: "*A* es y *no-A* es".

Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan sólo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho. Ya nos referimos a esta tendencia inmanente de la ciencia jurídica cuando examinamos el problema de la interpretación[1].

b) Relaciones posibles entre dos sistemas de normas

En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias y no como conjuntos de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Hemos visto precedentemente que el ámbito de validez de una norma jurídica es uno de los elementos de su contenido y que el mismo está determinado por la norma superior[2]. En cuanto al modo de creación de la norma inferior puede ser

1. Ver págs. 131 y 137.
2. Ver págs. 118 y 129.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

establecido de manera directa o indirecta. En el primer caso, la norma superior establece el procedimiento por seguir para crear la norma inferior; en el segundo se limita a autorizar a un órgano a que dicte a su gusto normas válidas para un ámbito determinado, delegándole así una parte de sus poderes. De aquí se sigue que, con respecto a los órdenes jurídicos que le son subordinados, un orden superior se encuentra en la situación de un orden total con relación a los órdenes parciales que lo componen. La norma fundamental relativa de cada uno de los órdenes inferiores es una norma del orden superior, y la norma fundamental de este último se encuentra en la cima del orden total formado por el orden superior y los órdenes que le están subordinados. De ella depende la validez de todas las normas pertenecientes al orden total.

Para que el derecho internacional y los ordenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una coordinación o de una subordinación.

c) Monismo o dualismo

Contra una construcción monista se argumenta que la independencia recíproca del derecho internacional y del derecho nacional resulta de la posibilidad de contradicciones insolubles entre estos dos derechos. Si esta objeción fuera fundada sería completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí, no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes. El jurista que estudia las normas de un derecho positivo y las considera como válidas debe hacer abstracción de la moral en la medida en que se encuentre en contradicción con estas normas. Los partidarios de la construcción dualista deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas. Los otros derechos nacionales y el derecho internacional no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

La construcción dualista es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su propia comunidad. Para ellos, los extranjeros son "bárbaros" que se encuentran fuera de la ley y las reglas a las cuales están sometidos no tienen carácter jurídico, o al menos no constituyen un verdadero derecho, pues tales reglas son de naturaleza distinta y no tienen el mismo valor. Desde este punto de vista no cabe hablar de un verdadero derecho internacional. Esta concepción no ha desaparecido todavía completamente. Resabios de ella se encuentran en la idea de que únicamente el derecho nacional es un verdadero derecho en el sentido pleno de la

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

palabra, y tales resabios constituyen el punto de partida, las más de las veces inconsciente, de la teoría dualista.

d) Primacía de un orden jurídico nacional

Dado que casi no es posible negar todo carácter normativo al derecho internacional, y menos aún a los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría dualista se ve obligada a abandonar su posición inicial y a orientarse hacia una construcción monista. Para explicar la naturaleza jurídica de los sistemas normativos existentes fuera de un derecho nacional dado, esa teoría enseña que un Estado sólo está obligado por el derecho internacional si lo ha reconocido y que los otros Estados sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si los ha reconocido como tales. La "voluntad" del Estado que procede a este reconocimiento sería así el fundamento de la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales y este Estado sería la autoridad jurídica suprema.

Si el derecho internacional es válido para un Estado solamente en la medida en que éste lo reconozca como obligatorio, no es, en consecuencia, un orden jurídico superior al derecho nacional ni un orden independiente de él. Como derecho, es una parte integrante del derecho nacional, libremente aceptada por éste, una especie de derecho público externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya recepción se realiza por la vía del reconocimiento. De la misma manera, si la existencia jurídica de otros Estados depende de su reconocimiento, el orden jurídico del Estado que lo realiza se extiende a los otros Estados, en el sentido de que les delega el poder de crear el derecho válido para sus territorios respectivos.

Al establecer así una relación de delegación entre el orden jurídico nacional tomado como base de la construcción y todos los otros órdenes jurídicos nacionales, la teoría del reconocimiento desemboca también en la idea de un sistema jurídico universal que abarca el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra (a saber, las normas creadas por los órganos de un Estado) y luego las normas, reconocidas por él, que pertenecen a los órdenes jurídicos de otros Estados, o a lo que se denomina habitualmente derecho internacional. Podría decirse que en tal sistema el derecho internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales están incluidos en el derecho nacional tomado como base de la construcción, pero esto es solamente una imagen para expresar la idea de que es necesario buscar en este derecho nacional la razón de validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales. Podríamos también recurrir a una metáfora diciendo que la validez del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos, pues, en presencia de un sistema jurídico

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo.

Así, la necesidad de admitir la validez del derecho internacional y de los otros derechos nacionales al lado de la del derecho nacional tomado como base de la construcción, conduce la teoría dualista a la idea del reconocimiento y por eso mismo a una construcción monista. Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado.

El dogma de la soberanía del Estado y la primacía del orden jurídico nacional que es su consecuencia se vinculan a la concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al "yo" en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del "yo". El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del "yo" y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del "yo" soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del "yo", que reivindique la misma soberanía, un "tú" que quiera ser un "yo", pueda tener la misma naturaleza que el "yo".

Además, la construcción monista de la primacía del derecho nacional, en la cual la construcción dualista desemboca por su teoría del reconocimiento, destinada a conservar el dogma de la soberanía, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos. En último análisis significa que, con la excepción de uno solo, los Estados están privados de soberanía y, más aún, que no existen como tales, dado que para esta teoría la soberanía es un elemento esencial del Estado. De aquí resulta también que no hay derecho internacional en el sentido propio del término; el Estado tomado como base de la construcción es el único que tiene el carácter de un orden jurídico. Ahora bien, si cualquier Estado puede así convertirse en el centro de un sistema jurídico universal, que implique, en el sentido que hemos indicado, al derecho internacional y a los otros órdenes jurídicos nacionales, resulta claro que el derecho internacional se está transformando en derecho nacional, que hay tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y que en cada uno de estos sistemas otro Estado sirve de base a la construcción.

e) Primacía del derecho internacional

La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene un carácter constitutivo.

Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los Estados, con la consecuencia de que un Estado no estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Esta norma sería en efecto inconcebible, puesto que presupondría la validez que tuviese por fin establecer. La situación es la misma en el marco del derecho nacional, pues su validez no depende de su reconocimiento por los individuos a los cuales se aplica. Una escuela de juristas que tuvo mucha influencia en el siglo XVIII, pero que carece de representantes actualmente, enseñaba, sin embargo, que un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Esta escuela se fundaba en una filosofía individualista según la cual, por su naturaleza, el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia voluntad[3]. La necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era, pues, extraída del derecho positivo, sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores.

Algunos juristas y tribunales, especialmente en Inglaterra y en los Estados Unidos, pretenden aún hoy que un Estado solamente está ligado por las normas del derecho internacional si ese Estado ha reconocido la validez de tales normas de modo directo o indirecto, expreso o tácito. Estos juristas están guiados por una filosofía del Estado análoga al individualismo del siglo XVIII, pero no pueden fundarse en ninguna norma del derecho internacional positivo. Éste no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, y su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.

La posibilidad de interpretar el mundo del derecho con la ayuda de dos construcciones diferentes fundadas una sobre la primacía del orden jurídico nacional y la otra sobre la primacía del derecho internacional, es comparable a la posibilidad de interpretar el mundo de la física según diferentes sistemas de referencia. La física moderna considera que para un fenómeno que se desarrolla en el espacio y en el

3. Cf. p. ej.: Rousseau, J. J.; *El contrato social*, lib. IV, cap. II: "Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía".

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

tiempo la formulación de un resultado cuantitativo no tiene un sentido determinado si no se indica el sistema de referencia al cual se relaciona. La formulación varía, en efecto, según el sistema de referencia y éste puede ser elegido arbitrariamente. Por ejemplo, si nuestro planeta es considerado como base del sistema de referencia, se dirá que el Sol gira alrededor de la Tierra, pero si se elige el Sol como base del sistema se dirá, en cambio, que permanece inmóvil y que la Tierra gira a su alrededor. Según la teoría de la relatividad, estos dos sistemas son igualmente admisibles y no hay en física método científico alguno que permita afirmar que uno de los dos es preferible al otro[4].

La situación es exactamente la misma en el dominio del derecho. Si el jurista adopta un sistema de referencia fundado en el orden jurídico nacional, dirá que este orden jurídico es un Estado soberano y que el derecho internacional le está subordinado, ya que está reconocido por él y constituye una parte integrante del mismo. Pero si adopta un sistema de referencia fundado en el derecho internacional, dirá que los órdenes jurídicos nacionales, a saber, todos los Estados incluido el suyo, están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos. La formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.

f) ¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?

Si suponemos que el derecho internacional es válido para un Estado sólo en el caso de haber sido conocido por el mismo, no puede mantenerse la principal objeción hecha a una concepción monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, a saber, que pueden existir contradicciones insolubles entre estos dos derechos. ¿Cómo serían posibles estas contradicciones si es la misma "voluntad"[5] la que establece el orden jurídico nacional y reconoce el derecho internacional?

Las contradicciones que se creen ver entre el derecho internacional y el derecho nacional no son de ninguna manera contradicciones lógicas, sino casos especiales de la oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior[6]. Así,

4. Según Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, pág. 311.

5. La voluntad del Estado sólo es, por otra parte, una experiencia antropomórfica que sirve para designar la validez de ciertas normas.

6. Ver pág. 123.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

cuando la ley de un Estado está en desacuerdo con un tratado concluido por este Estado, ello no afecta la validez de la ley ni la del tratado. Situaciones análogas se presentan en el marco de un derecho nacional sin que por ello se deba dudar de su unidad. Una ley inconstitucional permanece válida sin que por ello haya derogación o modificación de la Constitución; una sentencia ilegal conserva su validez mientras no haya sido invalidada por otra sentencia.

Como hemos visto, la existencia de una norma inferior que contradice una norma superior no significa la existencia de una contradicción lógica, sino solamente que la norma inferior puede ser anulada o que un órgano responsable puede ser penado. Establecer esta norma puede también constituir un acto ilícito al cual el orden jurídico imputa la sanción de sus actos específicos de coacción, pero hemos demostrado que tampoco hay contradicción lógica entre un acto ilícito y la norma que él "viola"[7]. La creación de normas válidas por un acto ilícito no plantea, pues, dificultades de orden lógico. Si tal acto ocasiona la aplicación de una sanción esto no impide que la norma continúe siendo válida hasta el momento de su anulación o incluso por un lapso indeterminado, si su imperfección no es anulada en los hechos.

Cuando el derecho internacional obliga a un Estado a cumplir tal o cual acto, por ejemplo dictar normas de un contenido determinado, esto significa solamente que un acto contrario, como establecer una norma que tenga un contenido opuesto, es la condición para recurrir a las sanciones específicas del derecho internacional (guerra o represalias). Una norma del derecho nacional dictada en "violación" de una norma del derecho internacional permanece válida aun desde el punto de vista del derecho internacional general, pues éste no prevé ningún procedimiento para la anulación de una norma tal. Una anulación sólo es posible en el marco del derecho internacional particular. Una norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es comparable a una ley inconstitucional, por ejemplo a una ley que viola los derechos fundamentales otorgados por la Constitución a los individuos, aunque esta Constitución, como sucede frecuentemente, no prevea el procedimiento que permita anular una ley en razón de su carácter inconstitucional y se limite a responsabilizar personalmente a ciertos órganos de la promulgación de dicha ley.

La determinación del contenido de un derecho nacional por el derecho internacional, lo mismo que la del contenido de una ley por una Constitución que no instituye jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, se presenta bajo la forma de una alternativa. Tanto las normas conformes al derecho internacional como las de un contenido diferente son válidas. Las segundas sufren una descalificación por el hecho de que su creación constituye un acto ilícito, pero ni este acto ni la norma creada por él contradicen al derecho internacional. Nada

7. Ver pág. 73.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único.

g) El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional

La unidad del sistema jurídico no resulta únicamente de la ausencia de contradicciones lógicas; tiene también un sentido positivo. Generalmente se admite, aun por los partidarios de la construcción dualista, que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación y que sus ámbitos de validez, y especialmente sus territorios, están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico procede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es, efectivamente, el papel que desempeña el derecho internacional con respecto a los órdenes jurídicos nacionales tanto en la construcción en la cual forma parte integrante del derecho nacional como en la que constituye un orden jurídico superior al derecho nacional. Estas dos interpretaciones posibles de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sólo conciernen, en efecto, a la razón de validez de uno y otro derecho. Pero no se relacionan con sus contenidos, y particularmente no afectan en nada al del derecho internacional.

Una regla del derecho internacional general que ya hemos mencionado y que es reconocida por la teoría y por la práctica establece que todo gobierno, aun el que ha llegado al poder surgido de una revolución o de un golpe de Estado, es legítimo desde el punto de vista del derecho internacional si es independiente y capaz de hacer respetar de manera duradera las normas que dicta. Esto significa que un sistema de normas coercitivas que dependan directamente del derecho internacional es un orden jurídico válido cuando los habitantes de un territorio determinado adecuan su conducta de una manera general a las normas de este orden. La comunidad constituida por este orden es un Estado en el sentido del derecho internacional. El principio de efectividad es así una de las reglas fundamentales del derecho internacional. De aquí resulta que los poderes de los órdenes jurídicos nacionales constituyen una delegación del derecho internacional, pues para que una autoridad que establece normas respetadas de manera duradera, en un territorio determinado, sea considerada como un órgano creador de derecho, es preciso que esta calidad le haya sido atribuida por el derecho internacional bajo la forma de una autorización de crear normas jurídicas.

Esto significa que la razón de validez del derecho nacional puede ser encontrada en el derecho internacional. Pero, si se adopta la teoría de la primacía de un derecho nacional, esta conclusión no tiene valor para el Estado tomado como base de la construcción, ya que la validez del derecho internacional con respecto a este Estado

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

depende de su incorporación en el derecho nacional. Por el contrario, la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales permanece fundada sobre el derecho internacional, dado que, al reconocer la calidad de Estado a estos órdenes jurídicos, el Estado, fundamento del sistema, aplica el derecho internacional previamente convertido en parte integrante de su derecho nacional.

Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende, en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado. Abstracción hecha de ciertas excepciones, el sistema de coacción constituido por un orden jurídico nacional sólo puede aplicarse en el interior del territorio garantizado por el derecho internacional. Su aplicación fuera de este territorio constituye una violación del derecho internacional. Así, la coexistencia en el espacio de una pluralidad de Estados se convierte en jurídicamente posible.

Al delimitar el ámbito territorial de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, el derecho internacional delimita también indirectamente el ámbito personal de esta validez, ya que los individuos que se encuentran sobre el territorio de un Estado se hallan, en virtud del derecho internacional, sometidos al derecho nacional de ese Estado.

En lo que se refiere a la sucesión en el tiempo de dos órdenes jurídicos nacionales, también es regulada por el derecho internacional, pues, el principio de efectividad permite establecer cuándo comienza la validez de un orden jurídico nacional y cuándo termina. Desde este punto de vista, la formación y la desaparición de un Estado son, en el marco del derecho internacional, fenómenos análogos a la fundación y a la disolución de una persona jurídica en el marco de un derecho nacional.

Por último, el derecho internacional delimita el ámbito material de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, pues sus propias normas, y especialmente las que son creadas por tratado, pueden tener cualquier contenido. Sin duda, un orden jurídico nacional tiene también, en principio, la competencia de establecer normas sobre cualquier punto, pero la pierde a medida que nuevas normas de derecho internacional vienen a restringir su libertad de acción. Un orden jurídico nacional puede, pues, regular cualquier materia con la única reserva de las restricciones impuestas por el derecho internacional.

El derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales aun si se supone que es válido solamente como parte integrante de dicho orden, pero es preciso entonces distinguir entre el derecho nacional en el sentido estricto de la palabra, es decir, abstracción hecha de las normas del derecho internacional, y el derecho nacional que comprende las citadas normas. Se puede así considerar

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

que el derecho internacional, como parte integrante del derecho nacional en el sentido amplio de la palabras, delimita los ámbitos de validez del derecho nacional en el sentido restringido del término. El derecho internacional cumple, pues, la función de delimitar los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea la teoría adoptada con respecto a la razón de su validez: primacía del derecho nacional o primacía del derecho internacional.

h) El Estado considerado como un órgano del derecho internacional

Como orden social idéntico al derecho nacional, en el sentido estricto de la palabra, el Estado puede ser definido como un orden jurídico parcial referido directamente al derecho internacional, lo que implica cierto grado de centralización. Su ámbito de validez está delimitado por el derecho internacional desde el punto de vista territorial, personal y temporal. En lo que se refiere al ámbito material de su validez, es ilimitado, con la única reserva de las restricciones que le pueden ser impuestas por el derecho internacional. Si se prefiere un lenguaje más figurado, diremos del Estado que es una persona jurídica y que cumple la función de un órgano de la comunidad constituida por el derecho internacional, especialmente en la medida en que participa en la formación de las normas de este orden jurídico.

Sólo puede comprenderse la formación de las normas jurídicas internacionales si se la contempla desde el punto de vista del derecho internacional general. Éste es, en efecto, el que determina cómo se crean estas normas, al calificar especialmente el tratado como acto creador de derecho y obligar a los Estados a respetar los tratados celebrados. Los representantes de dos Estados que participan en la conclusión de un tratado constituyen un órgano compuesto, pero único, de la comunidad de Estados formados por el derecho internacional general y no un órgano común a ambos Estados. El poder de designar la persona encargada de expresar en nombre del Estado su voluntad de concluir un tratado es delegado por el derecho internacional en el derecho nacional. Los representantes de los Estados contratantes que por su reunión constituyen el órgano creador de la norma convencional son, pues, en primer lugar, órganos del derecho internacional, y sólo en segundo lugar órganos del Estado que ellos representan. Bajo la influencia del dogma de la soberanía se dice a menudo que el derecho internacional convencional es creado por los Estados, cuando en rigor de verdad lo es por la comunidad internacional que ellos constituyen, de la misma manera que el creador del derecho nacional es el Estado por medio de sus órganos.

Al decir que el Estado es un órgano del derecho internacional empleamos una expresión figurada para definir los lazos que unen un orden jurídico nacional al

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

orden jurídico internacional y por intermedio de éste a los otros órdenes jurídicos nacionales. Estos lazos constituyen, en un sentido enteramente positivo, la unidad del sistema jurídico universal. Destaquemos, sin embargo, para evitar todo malentendido, que esta unidad tiene un carácter puramente teórico. No constituye un Estado mundial, puesto que el Estado es un orden jurídico centralizado, mientras que la comunidad formada por el derecho internacional positivo es totalmente descentralizada, y esto sucede tanto en la teoría de la primacía del derecho internacional como en la de la primacía de un derecho nacional. En el primer caso el derecho internacional abarca todos los derechos nacionales; en el segundo, forma parte integrante del derecho nacional del Estado considerado como base de la construcción y por ello sólo comprende los derechos nacionales de los otros Estados.

Si se funda el sistema jurídico universal sobre la primacía de un derecho nacional tenemos tres grupos de normas: las creadas por los órganos del Estado considerado como base de la construcción (derecho nacional en el sentido estricto de la palabra), las del derecho internacional y las de otros derechos nacionales (en el sentido estricto del término) reconocidos por este Estado; pero únicamente un derecho nacional en el sentido estricto del vocablo es bastante centralizado para responder a la definición de Estado. Si la cualidad de Estado es igualmente atribuida a otros órdenes jurídicos nacionales reconocidos por el Estado considerado como fundamento de la construcción, la soberanía no puede ser un elemento esencial de la noción del Estado, ya que en tal construcción únicamente el Estado tomado como base puede ser considerado como soberano en el sentido de una autoridad jurídica suprema. Su soberanía excluye necesariamente la de todos los otros Estados y tiene únicamente el carácter de un supuesto teórico. De la misma manera va de suyo que en el caso en que la primacía es atribuida al derecho internacional no puede hablarse más de Estados soberanos, pues todos están subordinados al derecho internacional, que constituye entonces la autoridad jurídica suprema.

De este modo, la Teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado.

i) La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría pura del derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más. La Teoría pura no admite que tal desarrollo esté excluido por la naturaleza misma del derecho internacional o por la del Estado, es decir, por todo aquello que se supone expresado por la noción tradicional de la soberanía. Demuestra que esta noción no puede utilizarse para dar apariencia de verdades incontestables a argumentos puramente políticos, a los cuales se puede siempre oponer argumentos contrarios de la misma naturaleza. Facilita así el desarrollo de una política jurídica que ha sido trabada por nociones erróneas, sin que ello signifique justificación o recomendación alguna de dicha política, pues en tanto que teoría no puede tener preferencias políticas.

Sus posibles efectos en el ámbito de la política no le quitan su carácter de teoría pura. De la misma manera, sólo las ciencias de la naturaleza permiten el progreso de la técnica sin que ésta sea su finalidad y por el simple hecho de que ellas tienden únicamente al conocimiento puro. En este sentido se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Bibliografía del autor

Die Staatslehre des Dante Alighieri, Viena y Leipzig. 1905, 149 págs.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911; 2 ed., 1923, XXXVI, 709 págs.

Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2a. ed., 1928, XII, 320 págs.

Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2a. ed., 1928. VIII, 208 págs.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2a. ed. 1929, VII, 119 págs [*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 5 volúmenes.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2a. ed., 1928, VIII, 253 págs.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.

Oesterreichisches Staatstecht. Ein Grundriss entwicktlungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.

Allgemeine Staatslehre, Berlín, 1925, XIV, 433 págs. [*Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX, 543 págs.]

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [*Compendio de Teoría general del Estado*, Barcelona, Núñez y Cía., 1928, XXVI, 131 págs. 2a. ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la *Teoría pura del derecho y del Estado*, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]

"Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.

¿Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlín, 1931, 53 págs.

"Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l Academie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.

Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Lipzig y Viena, 1934. XV, 236 págs. [*La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1a. ed.: 1941, 213 págs. 2a. ed.: 1946, 216 págs.]

"Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant". *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nro. 6, 178 págs.

Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Unterschung, La Haya, 1940, 514 págs.

Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [*Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945. XXII, 634 págs.]

Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [*Derecho y paz en las relaciones internacionales*, con prólogo de Luis Recasèns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]

General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.

El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII, 166 págs.

"Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berückdchtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, págs. 630-658.

"Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie' ", *Zeitschrift für Volkswirtschäft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.

"Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.

"Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año 11, págs. 18-37.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol 8, 1922, págs. 97-141.

"Gott und Sttaat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.

Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.

" 'Kihanteki Taikei' to shiteno Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.

"Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Arehiv für Reehts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.

"Diritto pubblico e privato", *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.

"Souveränität, völkerrechtliche", *Wörtefbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlín, 1925, vol. 2, págs. 554-559.

" *Das Problem des Parlamehtarismus*, Viena y Leipzig, 1925, 44 págs.

"Sttaat und Völkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.

Peace Through Law, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A. 1946, 238 págs.]

La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs.

The Political Theory of Bolshevism, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.

The Law of the United Nations, Londres, 1950, 903 págs.; 2a ed., 1952, 944 págs.

Principles of International Law, Nueva York, 1952, XVII, 461 págs.

"Zur Soziologie des Rechta. Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.

"Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt". *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.

Politische Weltanschauung und Erziehung, "Annalen fur soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.

"Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.

"Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.

"Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blatter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.

"Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des offentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. vol. 39, 1915, págs. 839-876.

"Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissentschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.

"Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest. vol. I, 1926, págs. 375-395.

"Das Wesen des Staates" *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, págs. 5-17.

"Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.

Der Staat als Uebermensch. Eine Erwliderung, Viena, 1926, 24 págs.

"Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festgabe für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.

"Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]

"Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.

"Zum Begrift des Kompetenzkonflikte" *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol. 7, 1928; págs. 583-599.

"Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.

¿Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Viena, 1928, 31 págs.

"La garantie jutidistionelle de la constitution (La justise constitutionelle)". *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Inslitut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.

"Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"; *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutchen Staatrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 59, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-128.

"Justiz und Verwaltung, *Zeitshrift für soziales Reeht*, vol. I, 1929, págs. 80-83.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer, Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur aplication au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit intenational*, vol. 4, 1929, págs.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102).

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2. 1931, págs 1-11.

"Allgemenine Rechtslehre im Lichte materialistscher Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschäft und sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechts-folge im Volkerrecht", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

Staatsform und Weltanchauung, Tübingen, 1933, 30 págs. [Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, pags 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", Imago, *Zeitschrift für psychoanalytische psychologie, ihre Grenzgebiete unt Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die Hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1953, págs. 625-678. ["La "política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 145-206] .

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der lnterpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode a la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41,1934, págs. 183-204. [*El método y los conceptos fundamentales de Ia teoría pura del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Oganisation des Frieden", *Zeitschrift für offentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. [La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

La dictature de parti, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs., ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristiche Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Tráites internationaux à la charge d'Etais tiers", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim*, París. 1935, vol 2. págs. 164-172.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international du philosophie du droit et de sociologie Juridique*, París, vol. 2. 1936. págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de Institut de droit comparé de l'Universite de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution a la théorie du traite international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10. 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual,* Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenchaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nº 321 y 327.

"Zur rechtstechnichen Revision des Völkerbundstatus", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937 págs. 401-490 y 590-622.

"The Function of the Pure Theory of Law", *Law. A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.

"De la séparation du Pacte de la Societé des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.

Zur Reform des Völkerbundes, Praga, Edición Pax, 1938, 19 págs.

"Zur Lehre vorn Primat des Volkerrechts", *Revue in ternationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.

"Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]

"The Essential Conditions of lnternational Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.

"Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos,* Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.]

"Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.

"Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.

"The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.

"Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 183-200.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

"Revision of the Covenant of the League of Nations", World Organization, 1942, págs. 392-412.

"Post-War Problems", *Proceedings of the American Scademy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.

"Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law* vol. 37, 1943, págs. 397-406.

"Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Joumal of Social, Political and Legal Phylosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211,

"Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]

"Collective and Individual Responsability in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368].

"The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792].

"The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381 389.

"The International Legal Status of Germany to be Established Inmediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694].

"The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.

"The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.

"The legal Status of Germany Actording to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol 99, 1945, págs. 518-526. ["El 'status' jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7].

"Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Preamble of the Charter. A Crilical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.

"Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.

"Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La realidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993].

"Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.

"Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, pág. 329-438.

"Zur Grundlegung der Völkerreshtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-83.

"Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.

"The International Law of the Future. The San Francisco Conference and 'The United Nations Organization' ", *Proccedings ol the Institute of World Affairs*, XXIa. sesion, 1946, págs. 190-203.

"Metamorphoses of the Idea of Justice". *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.

"Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedentig", *The International Law Quarterly*, vol 1, 1947, págs. 153-171.

"¿Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41. 1947, págs. 1188-1193.

"Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol, 57, 1948, págs. 377-390.

"Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]

"Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.

"The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.

"Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.

"Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs 284-294.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

"The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
"Collective and Individual Responsability for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.

"The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
"¿Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
"Causality and Imputation", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol 61, 1950, págs. 1-11.
"El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
"The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol 4, 1950, págs. 174-190.
"¿Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15,
"¿Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
"Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
"Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
"What Happened to the Secutity Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
"¿Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
"Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffenfliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
"Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
"¿Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Iniernationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
"¿What is Justice?", *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Ángeles, 1957.
"Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen

Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com

derecho

"Hace un cuarto de siglo –señala Hans Kelsen– que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza. Mi finalidad ha sido elevar la teoría del derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales."

Esta "depuración" de las ciencias del derecho, explica más adelante el autor, habría de chocar a quienes han transformado las normas jurídicas en instrumento de las diversas ideologías e incurren en el hábito de invocar la autoridad objetiva de las leyes para justificar pretensiones políticas de carácter esencialmente subjetivo. Al establecer, pues, una base de estudio independiente, Kelsen deja de ser un mero investigador intelectual de la filosofía del derecho para convertirse en un maestro que fustiga indolencias y penetra decididamente en el terreno concreto de la lucha por la verdad.

La presente edición se basa en la última versión de la *Teoría Pura del Derecho* (en idioma francés), corregida y aumentada por el autor. Es la reelaboración más moderna de la obra, que se publicó por primera vez en alemán en 1934 y que fue editada en nuestro país en los años 1941 y 1946. Una extensa bibliografía actualizada completa el valor del volumen, cuya frecuentación resulta imprescindible tanto para los estudiantes como para aquellos que desean ahondar sus conocimientos en materia de derecho y en los diversos temas que propone la ciencia jurídica: metodología de las ciencias sociales, derecho de las sociedades primitivas, doctrina del derecho natural, problema de la libertad, normas del derecho internacional, etcétera.

ISBN 978-950-23-0886-9

http://www.facebook.com/taller.hanskelsen
Distribución Gratuita: www.basicsolutionsystems.blogspot.com